



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Rodríguez García, Armando

Sobre la complejidad del Estado y las contrataciones administrativas

Derecho PUCP, núm. 66, diciembre-junio, 2011, pp. 89-106

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656149005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Sobre la complejidad del Estado y las contrataciones administrativas

About the complexity of the state and administrative contracts

ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA*

Resumen: El tema de los contratos que celebra el Estado ha significado un tema de interés constante para el Derecho administrativo, debido a las particularidades que adoptan las figuras contractuales aplicadas por el sector público en el orden científico. Adicionalmente, ese interés se ha incrementado con la ampliación del empleo de los contratos —con ocasión de los cambios operados por la globalización—. El enfoque que se ofrece a continuación apunta a la consideración de la complejidad presente en la acción pública, para así comprender mejor el entorno de los contratos públicos y su alcance, y obtener una clara perspectiva sobre lo que aporta el Derecho administrativo global.

Palabras clave: Contrato – administración – movilidad – sistema complejo – globalización – Derecho

Abstract: Contracts concluded by the state are a usual as necessary technique in the public management affaire remaining constantly important for the public administration and the administrative law, as a scientific item. Additionally, this interest has increased with the enlargement of the use of the contracts, during the changes caused by globalization. The offered approach points to the consideration of the complexity present in public action, for a better understanding of the environment of public procurements and their reach, considering the perspective brought by the global administrative law.

Key words: Contract – Administration – Mobility – Complex system – Globalization – Law

CONTENIDO: PRELIMINAR.– I. EL ESTADO Y SUS COMPLEJIDADES.– II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO NECESARIO.– III. SUJETO, FORMAS Y CONTROL EN UN CONTEXTO COMPLEJO.

PRELIMINAR

Las cuestiones relativas a la contratación del Estado —o al Estado— se nos presentan como un asunto cargado de cotidianidad, por lo usual de presencia en la rutina práctica de la burocracia pública, lo que permite dejar de lado —sin que ello pueda tomarse como una posición de

* Es profesor de la Universidad Central de Venezuela y miembro fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

desinterés o desprecio por la reflexión científica— las ya añejas pero constantes y sostenidas reflexiones teóricas acerca de la existencia de los contratos administrativos, los contratos públicos, o los contratos del Estado como una categoría con naturaleza jurídica propia o autónoma; como contratos que han constituido y constituyen actualmente — además de su decidida vocación de proyectarse en el futuro— un tema que “tiene sustancia polémica”¹. Lo cierto e ineludible es que el Estado contrata; es decir, el Estado, en tanto sujeto de Derecho que es, emplea la técnica jurídica contractual como una herramienta usual en su desempeño para el cabal logro de sus fines, y lo hace, claro está, a través de la “función administrativa”, que constituye la fórmula operativa mediante la cual el Estado se vincula, jurídicamente hablando, con otros sujetos de Derecho —ya sean estos los ciudadanos o administrados— o también en lo referido a negocios jurídicos entre sujetos o entes públicos, los cuales establecen nexos contractuales diversos, a fin de cumplir con los cometidos de gestión que tienen asignados.

Ahora bien, dentro de los múltiples enfoques temáticos que se pueden explorar en la amplia constelación sustantiva que comprende el acápite de la contratación pública o con el Estado, en esta oportunidad haremos referencia a algunos de los alcances y problemas que derivan de las complejidades formales que impregnan —en forma integral— a la administración pública, y, particularmente, a sus manifestaciones contractuales, tanto en el proceso de formación del contrato, como en lo referente a la ejecución y los mecanismos de control dispuestos para garantizar los derechos puestos en juego. Esto se pretende observar desde la perspectiva que brinda, precisamente, la complejidad misma del Estado como aparato, como organización, y como actividad o función que está unido al Derecho y a sus manifestaciones valorativas e instrumentales, las cuales han operado históricamente como un factor integrador, pero que, en el momento actual, en la realidad contemporánea que nos compete, adquieren características particularmente destacadas, en atención al marcado e ineludible proceso de globalización, sobre todo con el avance de las nuevas tecnologías —en particular las relativas a la información y las comunicaciones— impacta masivamente, y en forma decisiva, las relaciones culturales, económicas y jurídicas que surgen más velozmente entre sujetos de diverso porte y entidad, y que ahora aparecen regidas por el Derecho público y el Derecho privado de manera prácticamente integrada, interactiva, complementaria o, incluso, indistinta.

En efecto, a partir de la simple percepción de nuestra dinámica cotidiana, es forzoso reconocer y concluir que la revolución tecnológica de las últimas décadas ha transformado la concepción y el formato de las

¹ Tal es el término por igual ilustrativo y preciso que emplea el maestro Eduardo García de Enterría en su ensayo “La figura del contrato administrativo”. *Revista de Administración Pública (RAP)*, N° 41, 1963, p. 100, Madrid.

91

SOBRE LA
COMPLEJIDAD
DEL ESTADO Y LAS
CONTRATACIONES
ADMINISTRATIVAS
ABOUT THE
COMPLEXITY OF
THE STATE AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS

actividades humanas con efecto mundial, y ha impulsado, en muy breve plazo, el surgimiento y la instalación definitiva de nuevas formas de organización, trabajo, relación, comunicación y negocios entre individuos y organizaciones, fenómeno del cual no puede escapar el Estado.

El enfoque seleccionado permite comprender que tales circunstancias han tenido, en materia de contratación con el Estado, el carácter y la cualidad de “constantes”, esto es, de factores siempre presentes —con mayor o menor intensidad o extensión—, y con efecto ineludiblemente influyente en la confección teórica, al igual que en la realización y adaptación práctica de la cuestión contractual de la administración pública.

Para comenzar, es conveniente tener en consideración que tal ejercicio metodológico invita a tomar como punto de partida la revisión de algunos datos relativos al Estado y a su categorización jurídica como “presupuesto subjetivo” inexcusable en cualquier aproximación a la técnica contractual, ya que se parte de que su carácter de acto integrador de voluntades supone “sujetos” que concurran en tal integración.

Tal circunstancia implica, a su vez, considerar la particular complejidad organizativa que acompaña al Estado como figura jurídica. Pero, adicionalmente, en el caso del Estado y todas las posibles organizaciones o entidades públicas en general, aparece como dato inexcusable la específica sujeción al Derecho que delimita sus actuaciones de cualquier naturaleza, en atención al principio de legalidad que determina, en sus líneas básicas o esenciales, el perfil de configuración conceptual del Estado de Derecho bajo la concepción más avanzada de la civilización, en cuanto a la estructura organizativa y las formas válidas para el ejercicio del poder. Todo esto opera bajo el mayor grado de vinculación a la norma jurídica, lo cual se traduce en complejidad funcional, en abierto contraste con el principio de libertad de acción hasta lo prohibido por la norma, que sirve de marco a la actuación de los sujetos, en el campo del Derecho privado.

A su vez, ello hace dirigir la mirada hacia los “aspectos funcionales” que operan jurídicamente para la construcción, expresión y ejecución de la voluntad de los sujetos: lo que en espacio del Derecho administrativo se patentiza en la noción del “procedimiento”. El procedimiento como categoría impregna la totalidad del actuar administrativo o, para ser más preciso en la afirmación, impregna la totalidad de las actuaciones del Estado, pero con la connotación de garantía en favor del ciudadano al cual sirve. Por ello, la existencia de las exigencias procedimentales, como requisito esencial de validez de las decisiones públicas, es un dato que también aparece en el escenario de la complejidad, unido a una de sus principales consecuencias prácticas y jurídicas, el cual es el “control” sobre las contrataciones —tanto en lo que concierne a sus formalidades,

como en lo que atañe a la ejecución, apuntando a los mecanismos de responsabilidad—.

A través de la revisión de los aspectos más destacados sobre tales datos, se propone el ejercicio de reflexión que se consigna en los términos que siguen.

I. EL ESTADO Y SUS COMPLEJIDADES

No es despreciable ni superfluo indagar sobre el sentido histórico de las palabras, ya que, en muchas ocasiones, este se encuentra estrechamente atado al sentido mismo de las ideas o instituciones cuyo significado expresan o designan, tal como sucede en el caso del “Estado”. Así, pues, resulta interesante y útil para el análisis realizar una breve referencia a este punto, como primer movimiento hacia el objetivo que nos hemos trazado.

El uso de la palabra “Estado”, con la connotación que universalmente se le atribuye en la actualidad, se ubica durante los inicios del siglo XVI, y la iniciativa de su empleo se atribuye a Nicolás Maquiavelo (en *El príncipe*, de 1513). El autor la emplea para identificar “los dominios que han tenido y continúan teniendo imperio sobre los hombres”. De este modo, se acuña un neologismo para identificar a un fenómeno nuevo y novedoso. Como explica Moles:

La aparición del Estado constituye, la gran novedad de la época moderna, que precisamente se caracteriza por producirse en ella la gran constelación de los Estados europeos [...] Evidentemente el nombre de Estado habría de servir para designar una formación política original, sin identidad con otras anteriores (Reinos, Principados, Imperios). De esta manera registraba una unidad política cuya existencia y persistencia era independiente de la figura del Príncipe y del Rey, e incluso de las colectividades sociales tales como la Iglesia, la Aristocracia o las Oligarquías, a pesar de lo destacado de su cometido. El Estado subsiste así separadamente, con impulso propio, de las individualidades, fueran éstas sus gobiernos o sus beneficiarios [...] El Estado, esa realidad emergente de la época, se convierte en un concepto universal, que es el que se expresa con el vocablo “Estado”, el mismo en todos los idiomas indo-europeos: “Stato”, en italiano; “État” [...], en francés; “Staat”, en alemán; “State”, en inglés. Tanto el concepto Estado, como el nombre, quedaron universalizados. Sin embargo, la palabra no sirve de rótulo a un producto inalterable; al contrario, desde entonces (siglo XVI) ella va adaptándose al proceso evolutivo de aquello que expresa [...]”².

2 Véase Moles Caubet, Antonio. “Estado y Derecho (configuración jurídica del Estado)”. En *Estudios de Derecho público*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, 1997, p. 79.

Entonces, desde su aparición histórica formal —que en el dominio científico propio de las ciencias sociales (particularmente en el Derecho, la sociología y la ciencia política) se ubica en el período indicado— se reconoce la existencia del Estado como un fenómeno generalizado, por su universalización; pero, además, también se manifiesta su generalización como consecuencia de su estrecha relación de causa-efecto con el reforzamiento o la revitalización del Derecho, en tanto que es un elemento de integración institucional capaz de aportar las bases necesarias para la construcción teórica y la realización práctica de la idea del poder político integrado e integrador, lo que básicamente se resuelve a través de la recepción del Derecho romano como medio eficiente para contrarrestar a la disgregación y desintegración de los territorios germanos. En este sentido, es contundente la posición de Heller en su análisis sobre los supuestos históricos del Estado actual:

El Estado sólo podía independizarse como unidad de acción militar, económica y política bajo la forma de una independización como unidad de decisión jurídica universal. La disgregación política del Impero y de los Territorios había acarreado una intolerable inseguridad en el derecho [...] Frente a la disgregación jurídica germana aparecía el Derecho Romano, sistematizado por la burocracia Justiniano, como un *jus certum*.... El derecho culto hizo precisa encomendar la Justicia a funcionarios especializados, formados en el Derecho Romano en las universidades del norte de Italia [...]³.

De esta manera se produce la instalación definitiva del Estado como estructura política dispuesta para la integración del poder, lo que va acompañado, desde luego, de la configuración de esa estructura orgánica juridificada en particular, por lo que corresponde a la administración —como la expresión más avanzada de la organización social, aquello que en términos actuales podría entenderse como una manifestación superior de la “sociedad civil organizada” para el manejo de lo público, de los asuntos colectivos, de aquellos asuntos que por su propia naturaleza no pueden encontrar atención satisfactoria a través de la actuación singular de los individuos que integran las comunidades— la tarea del empleo de todo un instrumental jurídico, dentro del cual no se puede descartar la figura del contrato —en atención a su cualidad—, para dar estabilidad, certeza y confiabilidad con respecto a las relaciones inter-subjetivas con efecto jurídico.

Dentro de ese proceso histórico-político, se marca con tinta indeleble la transformación del Derecho con el surgimiento del Derecho público y, en particular, del Derecho administrativo, que aparece como una rama autónoma de la disciplina jurídica para atender, precisamente, las

3 Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Sexta reimpresión. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 171.

relaciones jurídicas entre el ciudadano y los centros de poder del Estado que, a partir de entonces —no lo perdamos de vista— son los centros de poder de la sociedad, centros que están al servicio del ciudadano. De allí, las características singulares de ese “nuevo” Derecho, que, desde luego, abreva necesariamente en las fuentes de una ciencia ya desarrollada y madura en sus categorías e instituciones, aunque, claro está, bajo la óptica de unas relaciones intersubjetivas diferentes: las propias del Derecho civil, común o privado.

En el fondo, se trata de una realidad que obedece, como se ha dicho antes, a circunstancias históricas que no pueden dejarse de lado para poder entender adecuadamente el fenómeno. Tal es el abordaje que pone de manifiesto Sebastián Martín-Retortillo, con singular maestría, al identificar el asunto como “un verdadero préstamo de instituciones del Derecho civil al Derecho administrativo; instituciones y figuras que, al resultar comunes, han exigido e impuesto en primer lugar su diferenciación, y en una fase ulterior, la fijación de su propia sustantividad”⁴.

Entonces, en términos generales, podemos entender sin mayor dificultad que el desarrollo de la sociedad ha sido, en buena medida, el desarrollo y la transformación —o quizá sea mejor decir la “adaptación”— constante del Estado y sus instituciones, para actualizar, en forma permanente y estratégica, sus capacidades organizativas y operativas de respuesta a las exigencias de las comunidades y los individuos, los cuales buscan alcanzar y mantener condiciones de vida adecuadas y satisfactorias. Esto también se expresa en niveles conformados como parámetros referenciales que resultan igualmente globales y propenden a su formalización como “derechos”, a fin de sistematizar o precisar de mejor manera las relaciones de los individuos con los centros de poder público, tal como sucede de manera progresiva y sostenida con los “derechos humanos”.

Pues bien, desde esta óptica es forzoso entender que ese proceso continuo y sostenido de transformación general de la sociedad, que está acompañado por los cambios y adaptaciones del aparato estatal, apunta directa y decididamente hacia la conformación del Estado *manager*, cuya presencia para la intervención en los asuntos de interés colectivo se concibe desde la óptica gerencial y la acción estratégica de las políticas públicas, las cuales conducen a una significativa ampliación de sus espacios de presencia, a la par que a la multiplicación y diversificación de los medios instrumentales, con el objetivo de instalar un protagonismo estatal diferente que, a su vez, imponga un nuevo esquema de relación

4 *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, p.7.

con los ciudadanos y acentúe la complejidad sistémica del Estado contemporáneo⁵.

Dicho en otros términos, el Estado no puede escapar a la dinámica constante que implica el desarrollo general de la sociedad sencillamente porque es un componente instrumental de la misma que tiene asignado, además, un rol protagónico e insustituible, hasta donde permite atisbar la prospectiva. En tal sentido, la dinámica aludida —unida al crecimiento en variedad, la amplitud geográfica y demográfica, así como a la velocidad de las relaciones—, propia de la era informática y telemática que vivimos, comporta la incorporación de los elementos avanzados de soporte al complejo inagotable de vínculos, que requieren la aplicación de instrumental jurídico acorde, de donde deriva el diseño de nuevas fórmulas o la adaptación de las previamente existentes, a fin de ofrecer respuestas eficientes en el nuevo entorno.

Luego de este brevísimo recuento introductorio, no resultará difícil comprender que la figura del contrato celebrado por la administración pública se encuentre —dado que se ha encontrado y se encontrará— en el centro mismo de la realidad jurídico-práctica de la actividad administrativa del Estado, por lo que su tratamiento y manejo, tanto doctrinario como teórico —así como también en lo referido al campo de la realización forense o de la práctica aplicación de derecho—, debe considerar las complejidades en las que se inserta y a las que debe adaptarse para cumplir su finalidad esencialmente instrumental, a lo que deben contribuir, con igual nivel de compromiso, la construcción teórica doctrinaria, la legislación y la jurisprudencia.

En igual sentido de observación, debemos admitir que esa respuesta se produce dentro de las peculiaridades propias de cada ordenamiento doméstico; sin embargo, acá también juega un papel importante la globalización, la cual tiende a impregnar lo que usualmente se ha entendido como espacios propios o exclusivos del “derecho interno”, como ámbito natural de ubicación del Derecho administrativo, para adentrarse —por efecto de la realidad práctica inexcusable— en la tendencia cada vez más acentuada y robusta de la construcción de un Derecho administrativo global. En la esencia de un derecho de este tipo, se mueve con vigor la fuerza expansiva que aportan las relaciones económicas entre sujetos de diferente factura, que cotidianamente traspasan las fronteras de los estados y que, necesariamente, atraen hacia sí a los requerimientos y las consecuencias jurídicas propias del derecho administrativo, en atención a la doble realidad que constantemente reclama la presencia de las administraciones públicas en los diferentes países, en tanto les corresponde

SOBRE LA
COMPLEJIDAD
DEL ESTADO Y LAS
CONTRATACIONES
ADMINISTRATIVAS
ABOUT THE
COMPLEXITY OF
THE STATE AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS

5 Sobre el tema, se sugiere la lectura de dos obras de Manuel García-Pelayo que ofrecen una visión integral del fenómeno: *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Alianza Editorial) y *El Estado de nuestro tiempo* (Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2007).

actuar tanto como el sujeto de control sobre las actividades desplegadas por los particulares, así como bajo el rol de agente económico en las funciones de intervención en la economía mediante actuaciones directas. Pero también, a través del estímulo y fomento a la inversión y la orientación general del desarrollo económico y social de los pueblos, es una función a recalar el siempre producir el reconocimiento y la respuesta adecuada y oportuna a la ineludible presencia de las garantías ciudadanas, en lo referido a la debida protección y respeto, lo que conduce a las técnicas de control jurídico sobre los actos y conductas de la administración, y a la consecuente responsabilidad del Estado o de sus funcionarios, según sea el caso.

Es así como en la actualidad resulta no solo factible sino necesario aceptar —al igual que reconocer y hablar decididamente acerca del asunto— la aparición de un verdadero “espacio administrativo global”, el cual comporta algunas implicaciones potencialmente políticas a la par de otras implicaciones de naturaleza normativa que giran en torno a la aparición de una geografía moldeada en perfiles tenues en sus trazos iniciales, pero que, cada vez, aparecen con mayor definición en sus rasgos hacia la definición progresiva de una suerte de gobernanza global que difumina las líneas duras de categorías anteriormente absolutas en su formato —como podría ser la soberanía—, y que apunta hacia estadios que admiten sin dificultad escenarios de “supranacionalidad” operativa —distinta de las clásicas relaciones internacionales entre estados o sujetos de derecho internacional—, mediante el emplazamiento decidido de relaciones jurídicas entre administraciones y ciudadanos, administrados, prestadores o usuarios de diferentes unidades estatales, de diversas naciones y países, que actúen e interactúen en un escenario económico, social y jurídico-público que les es común. De esto son fiel representación, en condiciones superiores a la expectativa experimental, las realidades que hoy día aportan los procesos de integración —originalmente económica y luego política, pero siempre contando con el substrato jurídico— que alcanzan la consolidación de robustos y sólidos escenarios como puede ser la Unión Europea o, en una escala de intensidad u objetivos diferentes, el caso del mercosur, e incluso la diversidad de mecanismos multilaterales de menor proyección organizativa o institucional, pero que, en todo caso, plantean previsiones de interrelación que comprometen la presencia de las administraciones públicas.

De este modo, es lógicamente factible —y metodológicamente acertado— el abordaje de las bases mismas de configuración de esas nuevas manifestaciones que, generadas en la fuerza impulsora de los cambios provenientes del desarrollo general de la sociedad en sus expresiones tecnológicas y económicas, conducen directamente a las adaptaciones y transformaciones de los centros de poder y gestión pública en favor de los nuevos requerimientos impuestos a la gobernabilidad en general,

97

SOBRE LA
COMPLEJIDAD
DEL ESTADO Y LAS
CONTRATACIONES
ADMINISTRATIVAS
ABOUT THE
COMPLEXITY OF
THE STATE AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS

la cual tiene, como andamiaje organizativo y, al mismo tiempo, como soporte operativo y mecanismo funcional, a las administraciones públicas que operan en los distintos países —con sus particularidades específicas—, pero, en todo caso, bajo la égida de unos principios y unas técnicas uniformes en su origen y con referentes históricos comunes en su génesis.

En las formulaciones conceptuales primarias de estas nuevas aproximaciones científicas sobre el fenómeno, encontramos planteamientos de este porte:

La conceptualización del derecho administrativo global presupone la existencia de una administración global o transnacional. Nosotros sostenemos que existe suficiente cantidad de administración global y transnacional como para poder identificar hoy en día un “espacio administrativo global” multifacético, poblado de varios diversos tipos de instituciones regulatorias administrativas y de varios tipos de entidades que son los sujetos de la regulación, incluyendo no solo Estados, sino también individuos, empresas, y ONGs [sic]. [...] Entender a la gobernanza global como una forma de administración nos permite reformular muchas de las preocupaciones comunes sobre la legitimidad de las instituciones internacionales de un modo más específico y focalizado. Nos proporciona una distancia crítica útil sobre las extendidas demandas de déficit democráticos de estas instituciones, a menudo sobredimensionadas. También desvía la atención de los académicos de la gobernanza global a varios mecanismos de *accountability* en la toma de decisiones administrativas, incluyendo en el derecho administrativo, que e los sistemas domésticos operan al lado, aunque no en forma independiente, de los procesos democráticos clásicos como las elecciones y el control parlamentario y presidencial. Esta investigación resalta de un modo útil, hasta qué punto los mecanismos procedimentales de participación y de revisión, que se dan por supuestos en la acción administrativa doméstica, faltan a nivel global. Al mismo tiempo, la investigación invita al desarrollo de procedimientos institucionales, principios y recursos, aunque no con el objetivo de construir una democracia global completamente hecha y derecha (que es hoy en día ilusorio)⁶.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO NECESARIO

El escenario —crecientemente, complejo y globalizado— al cual nos hemos referido en las líneas anteriores incorpora en su contexto todo el

6 Kingbury, Benedict, Nico Krisch y Richard B. Stuart. “El surgimiento del Derecho administrativo global”. En *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Res Publica Argentina (RPA), 2009, pp. 25 y 37.

arsenal de mecanismos de actuación que corresponde emplear al Estado, a través de la función administrativa. Es en ese arsenal instrumental para la gestión administrativa pública donde se ubica la modalidad propia del negocio jurídico que corresponde a los contratos administrativos, por lo que resulta, obviamente, una categoría netamente jurídica, perteneciente al dominio del Derecho. Sin embargo, no hay que olvidar que tales categorías jurídicas no constituyen fines en sí mismas; por el contrario, su existencia obedece a razones y requerimientos de orden práctico, de naturaleza funcional, a cuyo cabal cumplimiento y realización eficaz, prestan cauces formales de certeza y confiabilidad.

Desde este ángulo del análisis, aparece en primera línea el tratamiento jurídico-positivo del asunto. Evidentemente, cada ordenamiento jurídico positivo establece el régimen de actuación que vincula al aparato administrativo del Estado y, junto a ello, las regulaciones relativas a las categorías dispuestas para su empleo desde esa forma de actuación. Dentro de estas categorías, aparece el contrato, con lo cual los aspectos concretos del asunto tendrán siempre un referente positivo con las particularidades que son propias de ese ordenamiento concreto que, desde luego, no objeta ni impide una aproximación global que se desarrolle mediante el empleo de categorías conceptuales o teóricas de aproximación, como la que ahora pretendemos ensayar.

En este orden de ideas, es oportuno recordar al menos algunas referencias acerca del origen y la trayectoria básica inicial operada para la formación de las categorías jurídicas, sobre todo en el espectro del Derecho administrativo, en tanto disciplina de reciente aparición en comparación con otras ramas del Derecho, principalmente con el Derecho civil —tal como se ha mencionado antes—, y con mucho mayor razón en tanto que la categoría jurídica bajo análisis es de tan significativa entidad, como sucede con la figura del contrato.

Ciertamente, el Derecho administrativo, por influjo de su propia esencia sustantiva, nace y se desarrolla de una manera sin duda especialmente singular, pues en definitiva significa la limitación al ejercicio de poder en beneficio de la libertad, puesto que ubica sus raíces en temas fundamentales como lo son las relaciones entre el estado y los ciudadanos, el enfrentamiento entre autoridad y libertad, así como el vínculo entre sociedad e individuo. Todo esto, desde luego, atrae las resistencias naturales de los mismos centros de ejercicio del poder que se intenta limitar.

Desde el punto de vista geográfico, no hay duda de que el Derecho administrativo tiene su origen en Francia. En aplicación de las consideraciones antes expuestas, esto nos conduce a incorporar el entorno político y las circunstancias prácticas que configuran ese evento, a fin de disfrutar de una apreciación más o menos integral del fenómeno, pues no se trata de un producto proveniente de una elaboración cerrada, de

una voluntad conclusiva y uniforme, sino de un proceso social, cosa que le impone unas determinadas soluciones prácticas, las cuales configuran, a su vez, un diseño particular —mas no necesariamente único—, del cual, a fin de cuentas, deriva la posibilidad cierta de que aparezcan variaciones de respuestas en diversos ordenamientos que, atendiendo a sus propias realidades, no se apartan de la concepción medular del Derecho administrativo.

De ese modo ocurre con el caso del Consejo de Estado francés, que aparece como la solución organizativa y funcional práctica para el control del Gobierno por medio de una vía distinta a las establecidas en el ordenamiento jurídico francés del momento para aplicación del Derecho civil y del Derecho común, lo que contribuye —decisivamente, desde esta perspectiva— a la identificación y autonomía del Derecho administrativo.

Así lo pone de manifiesto Prosper Weil cuando relata el surgimiento y la evolución de las primeras etapas del Derecho administrativo en lo que califica como su “prehistoria”:

[...] No siendo un verdadero órgano judicial y limitándose a preparar las decisiones del Jefe de Estado, el Consejo de Estado permanecía al margen de las disposiciones del Código Civil. De ahí que fuese rápidamente establecida la no aplicación de las normas del Código referente a arrendamiento de servicio, contratos y responsabilidad en los litigios en que la administración actuase como parte. Sustraída a los tribunales, la administración se veía también fuera del control del derecho civil. Y es así como el Consejo de Estado forjó, actuando ante cada caso concreto, las reglas aplicables a la administración, y como se firmó la existencia de un derecho administrativo autónomo; es decir de un derecho que, ciertamente, podría tener alguna semejanza en determinados puntos concretos con el derecho civil, pero que no derivaba su autoridad del Código Civil. El Consejo de Estado ha segregado el derecho administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido [...]”⁷.

Con ello, se destaca la fuerte carga de pragmatismo que acompaña al proceso de construcción del Derecho administrativo en general y de muchas de las instituciones, instrumentos o técnicas que aloja, lo que, a su vez, reafirma el carácter instrumental que subyace en su existencia; del mismo modo que sucede, con mayor o menor intensidad, con prácticamente todas las ramas del Derecho.

Es de observar que la referencia de Weil sobre la precedencia de la jurisdicción al “derecho” lo es en lo referido a la disciplina específica

7 Weil, Prosper. *El Derecho administrativo*. Madrid: Taurus, 1967, p. 23.

del Derecho administrativo —de la disciplina jurídica que contribuye decisivamente a construir en la realidad práctica— y, con ello, desde luego, también la jurisprudencia del Consejo de Estado antecede a los instrumentos legales que “formalizan normativamente”, de manera progresiva, las instituciones y categorías que pasan a serle, entonces, sistemáticamente propias desde el enfoque del ordenamiento jurídico positivo, por insertarse en su estructura sistémica. No así, desde luego, al Derecho como estructura regulatoria general, ni mucho menos como ciencia, como disciplina del conocimiento. No debemos perder de vista que la obra creativa del Consejo de Estado —como la de cualquier otro cuerpo u órgano funcional dotado de facultades decisorias o consultivas— descansa, en definitiva, en la fuerza de creación científica, en el conocimiento y en la construcción doctrinaria que, desde el punto de vista académico, ponen en práctica sus titulares.

No obstante, lo que ahora interesa destacar en relación con este punto es ese tránsito, que acentúa sus aspectos de orden práctico, hacia la conformación de las instituciones, instrumentos, técnicas y categorías que se instalan en el contexto sustantivo del Derecho administrativo y que contribuyen decisivamente en su configuración y adaptación constante —dentro de los cuales se encuentra, en lugar destacado, la figura del contrato—, tal como sucede en relación con los grandes retos que plantean a la administración pública acontecimientos de relevancia inculcable, como han sido las Guerras Mundiales del siglo pasado y las confrontaciones bélicas más cercanas en el tiempo y el impacto que han generado sobre la economía, la política y el Derecho en general. Además, y aunque no posean el mismo carácter devastador que los acontecimientos antes mencionados, los avances tecnológicos y sus influencias sobre los negocios y la gobernabilidad constituyen también impactos de consideración en condiciones de paz.

De ahí, de la necesidad u oportunidad impuesta o permitida —según se trate en cada caso— por las circunstancias prácticas de todo orden, es de donde se desprende la incorporación de la técnica contractual en la administración pública como una cuestión “teóricamente admitida por la doctrina, acogida sin reservas por la jurisprudencia, corroborada por la práctica administrativa y, en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, consagrada por la Constitución y por las leyes”⁸, con lo cual se resalta, por un lado, el carácter instrumental de la técnica contractual, y, por el otro, consecuentemente, las particularidades que en su categorización, tratamiento normativo y respuesta jurisprudencial aparezcan en cada realidad nacional. A esto hay que añadir, para completar adecuadamente el panorama, el dato cierto sobre las influencias que la tendencia natural

8 Farías Mata, Luís Enrique. *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*. Caracas: Gobernación del Distrito Federal, 1968, p. 15.

al intercambio de experiencias provoca y acentúa como escenario de signo cultural: la globalización, el contacto inmediato entre realidades diversas, un fenómeno que aparece como marca en la realidad contemporánea y, en particular, en los procesos de integración a los que ya hemos hecho mención. Tal como afirmó el profesor Jorge Salomoni al estudiar, precisamente, al asunto de los contratos administrativos en el contexto de los procesos de integración:

[...] todo proceso de integración regional constituye, fundamentalmente, un proceso cultural. [...] la integración solo podrá realizarse cuando se vaya conformando un sistema de valores comunes entre los actores del proceso, que incluye una visión del mundo en el que se vive y hacia el cual se pretende ir, y que el propio proceso sea internalizado como bueno por esos mismos ciudadanos de los países miembros de la unión⁹.

En este punto encontramos la convergencia de diversos elementos que ameritan ser considerados en contexto.

Por una parte, aparece la construcción de la categoría del “contrato administrativo” dentro del Derecho administrativo, categoría que solo se puede entender cabalmente apelando a la revisión histórica, la cual, a su vez, nos indica un origen cargado de razones prácticas, de respuestas prácticamente coyunturales que coinciden en la fórmula contractual como mecanismo adecuado ante circunstancias que podrían considerarse diametralmente opuestas en atención a cada experiencia nacional. El profesor Meilán Gil pone de manifiesto en forma contundente y precisa tal referente cuando analiza el contraste de la preponderancia entre el empleo prevalente del acto administrativo o de la utilización del contrato en función de las circunstancias en que se encuentre el gobierno. Desde el punto de vista de su soporte económico y el punto de equilibrio de poder entre el Estado y la sociedad, Meilán contrasta la diferencia entre la opción de Alemania, que opta por fortalecer el empleo de la decisión unilateral —el acto administrativo— y la evolución británica, norteamericana, francesa y española:

En Gran Bretaña el triunfo del parlamentarismo es temprano. La experiencia de Cromwell vacunó de la tentación de una excesiva concentración de poder ejecutivo. El dogma de la democracia, la primacía del pueblo, están en el nacimiento mismo del Estado americano. En Francia, aunque más tardíamente, se llega en 1785 a la instauración de una república parlamentaria: El Estado será la burguesía triunfante. Alemania irá por derroteros distintos. La supremacía del estado sobre la sociedad tendrá un fundamento ideológico —Hegel— y un instrumento político —Bismark— *El Estado es la realización de la idea moral o ética,*

9 Salomoni, Jorge Luis. “Contratos administrativos”. En Roberto M. López Cabana (coordinador). *Contratos especiales en el siglo XXI*. Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 1999, p. 402.

sostendrá el primero. La virtualidad del *principio monárquico* será despejada por el Canciller y respaldada por sus éxitos internacionales. La sociedad alemana capitula ante el Estado. La fortalecida Administración del naciente imperio alemán, ni ideológica ni económicamente, está acuciada por la necesidad de pactar con la sociedad para el desarrollo de sus actividades. Justamente la contraria es la situación de España a lo largo de todo el siglo XIX. Un Estado débil, política y económicamente ante grupos pequeños, pero activos, de burguesía nacional o ante los invasores extranjeros; una Administración endeudada, además, por las guerras carlistas. En estas circunstancias, el contrato viene a ser el punto de unión entre Estado y sociedad, aquí, al menos, nunca tajantemente separados. El contrato será la salida normal para la realización de las obras y los servicios públicos reclamados insistentemente por la sociedad, según testimonio expresivo de los documentos de la época. Y es que cuando el Estado no puede imponerse a los particulares pacta con ellos. La técnica contractual proporciona entonces a los particulares fortalecidos una garantía a imagen y semejanza a la del Derecho civil¹⁰.

Lo cierto es que a partir de la etapa histórica en la que se ubica el surgimiento del Derecho administrativo, signada por importantes cambios políticos, como lo fueron la Independencia de las colonias norteamericanas y la Revolución Francesa, también operaron transformaciones económicas globalizadas y globalizadoras, que se expresan en la Revolución Industrial y sus consecuencias directamente vinculadas a la producción y el avance tecnológico, pero que, igualmente, impactan en el espectro social y abren paso a la puesta en escena de concepciones filosóficas que empujan a una presencia activa y dinámica del Estado, el cual demanda el empleo de instrumentos de negociación en forma sostenida e irreversible, escenario en el cual es el contrato —así, sin adjetivaciones—, desde luego, la figura paradigmática en esa tendencia.

III. SUJETO, FORMAS Y CONTROL, EN UN CONTEXTO COMPLEJO

La progresión del Estado hacia modalidades y modulaciones de actuación que buscan sincronía funcional y eficiente con la dinámica de las manifestaciones sociales, políticas y económicas —y que, a su vez, aparecen y se difunden en la geografía bajo expresiones semióticas cada vez mas similares, lo que conduce al empleo de un lenguaje uniforme— arrastra a la configuración de una administración pública con perfiles diferentes a los que modularon su imagen en el surgimiento de su concepción inicial, con lo que, desde luego, también se redefine en sus parámetros conceptuales la disciplina jurídica que la tiene como objeto.

10 Meilán Gil, José Luis. "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos". *Anuario da Facultade da Dereito da Universidade da Coruña*, N° 8, 2005, p. 510, La Coruña.

Ya Weil lo pone de manifiesto al reflexionar sobre el impacto que producen sobre las instituciones jurídico-administrativas los cambios operados en Europa como consecuencia de la primera guerra mundial: “Al comenzar la primera guerra mundial, el derecho administrativo había ya adquirido su personalidad propia. Sin embargo, eso no significa que no haya ocurrido nada después de 1920. Efectivamente, los cambios económicos y sociales provocaron muy rápidamente una grave crisis de crecimiento, de la que el derecho administrativo comienza actualmente a desembarazarse [...]”¹¹.

En este sentido, la tendencia se manifiesta franca y abiertamente en síntomas tales como el incremento de actividades económicas por parte del Estado, o la progresiva desaparición de las líneas rígidas que marcaban la frontera sustantiva del servicio público con la incorporación de particulares argados de prerrogativas antes monopolizadas por la administración, lo que abona en favor de una mayor penetración de categorías propias del Derecho privado en la gestión pública, cosa que hace tambalear la concepción del servicio público como pila fundamental que soporta el edificio conceptual del Derecho administrativo.

Se abre más tarde —aunque, desde luego, sin estar desvinculado de “aquellos lodos”— una clara y generalizada deriva de la gestión pública hacia la aplicación de moldes civilistas o mercantilistas, tradicionales o novedosos, que conducen a lo que se identificó como una “huida del Derecho administrativo” montada sobre las transformaciones que se derivan de las políticas de privatizaciones y desregulación, lo que conduce a entender que “el Poder [sic] ha descubierto otras maneras de actuar. Maneras que, desde luego, no pasan por el derecho Administrativo, que no solo era el derecho pensado para la Administración, sino también el derecho de la garantía del administrado, vía sometimiento y sujeción de la administración a derecho”¹².

Al respecto, no cabe duda, en cuanto a la presencia definitiva y generalizada de la tendencia, de que ahora —por el transcurso del tiempo— adquiere la cualidad experiencia vivida, más que la de expectativa o fenómeno en desarrollo, tal como lo manifestaba Eduardo García de Enterría:

Arranca el fenómeno, cada vez más visible, de la tentación de adoptar para las Administraciones los modos privados de gestión, lo que implica una *huida del Derecho Administrativo*. Esa práctica es conocida, sobre todo a partir de la generalización del sistema de empresas públicas, que comienza en el período de entreguerras y se generaliza con las

11 Weil, Prosper. Ob. cit., p. 31.

12 Véase Soriano García, José Eugenio. *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*. Boloña: Real Colegio de España, 1993, p. 2.

nacionalizaciones de la postguerra y por el efecto de las doctrinas socialistas. Pero lo singular del hecho ahora estudiado viene de la aplicación de estas técnicas, no a empresas industriales o comerciales, sino a verdaderos servicios públicos materiales que no es imaginable que puedan funcionar sin someterse al Derecho Público [...] ¹³.

Ahora bien, lo que a nuestro modo de ver resulta más destacable de la experiencia aludida es la estrecha vinculación entre la administración pública y la dinámica social, económica y política en la que le corresponde actuar, que se convierte, entonces, en el escenario que configura su entorno natural y propio. Pero, además, también se convierte en el combustible necesario para su puesta en marcha y funcionamiento adecuado; un funcionamiento que solo ocurre en términos satisfactorios cuando su diseño arquitectónico y su ingeniería se adaptan a las demandas operativas que ese entorno exige.

El empleo de unas u otras técnicas es parte natural del dinamismo donde se desenvuelve la acción administrativa del Estado, y comprenderlo así conduce a entender lo relativo de ellas mismas, por fuerza de su naturaleza instrumental. Tal cosa sucede, de manera constante, en la evolución del fenómeno que significa la administración pública y, con ello, de las ciencias que se ocupan de su estudio. Así como las instituciones jurídico privadas han evolucionado hacia un sentido social, las que nacen en el campo del Derecho administrativo se matizan, se adaptan o son sustituidas por figuras que abonan en favor de mejores rendimientos prácticos de realización de la gestión. Como hace ver Enrique Rivero Ysem refiriéndose a algunas categorías que nos podrían parecer pétreas e inmovibles en su concepción y estructura, “la propiedad y la libertad de industria y comercio pierden su carácter absoluto, y se ven relativizadas y reconocidas solo en la medida en que ayudan a la comunidad” ¹⁴, en virtud de su adaptación a las exigencias de un mundo cambiante.

No obstante la variabilidad y la adaptabilidad presentes en el fenómeno de la administración pública que se refleja de forma ineludible en el campo del Derecho administrativo y sus instituciones, aparecen componentes estables, constantes, que permiten observar la identidad del tema.

Así, en el asunto de los contratos “del Estado” —o los contratos en los cuales participa el Estado para el cumplimiento de sus fines—, independientemente del grado de intensidad que jueguen los componentes de Derecho privado en un momento determinado, aparecen siempre componentes de orden jurídico público como lo son un “sujeto”

¹³ García de Enterría, Eduardo. Prólogo a la obra de M. Chinchilla, B. Lozano y S. Del Sanz. *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid: 1992.

¹⁴ *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969, p. 15.

(administración pública) con particularidades jurídicas en su estructura —la organización administrativa y los principios que la rigen, entre ellos, principalmente, competencia y jerarquía—, que, además, está ineludiblemente vinculado a unas “formas o modos funcionales de actuar” (procedimientos administrativos) que de ninguna manera puede obviar si pretende lograr la producción de decisiones válidas en Derecho, lo que se complementa con mecanismos de “control” jurídico interno y externo (recursos administrativos y control jurisdiccional). La presencia de estos componentes se mantiene inalterable —y con todo el vigor generador de consecuencias jurídicas— a lo largo de todas las manifestaciones que supone la aplicación de la técnica contractual. Es decir, en la formación del contrato, particularmente por lo que corresponde a la decisión de contratar y la selección del contratista, durante la ejecución del contrato, y, finalmente, en relación con las modalidades de control —primordialmente por lo que atañe a las formas judiciales—, como manifestación de la garantía de la relación jurídico-administrativa.

Estos componentes, que resultan ineludibles para la conformación de la figura objeto de atención, corresponden, en su origen y en su tratamiento, a los espacios epistemológicos propios del Derecho administrativo, con independencia de la categoría formal —pública o privada— en la que podamos ubicar convencionalmente los dispositivos normativos que resulten aplicables, pues debemos tener presente que “construir sólo a partir de los textos legales es tanto como renunciar a comprender cabalmente su sentido”¹⁵. Además, como contribución metodológica especialmente valiosa para la comprensión de estos fenómenos, es oportuno recordar la existencia de la técnica de las conexiones como mecanismo de integración en el sistema del Derecho administrativo, conforme a la cual normas del Derecho privado pueden regir en el campos del Derecho público y viceversa, mediante “envíos” de las normas de uno a otro sistema, tal como sucede en el campo del Derecho internacional privado, o bien mediante la aplicación de normas de Derecho privado por funcionarios administrativos —por ejemplo, la celebración de un matrimonio—, o la aplicación de las condiciones establecidas en textos legales administrativos que son condicionantes de la aplicación del Derecho privado en las actividades que despliega la administración¹⁶. En síntesis, el asunto medular es que la “movilidad” pertenece a la esencia de la administración pública y, en consecuencia, es consustancial al Derecho administrativo de donde deriva su servidumbre respecto a la oportunidad y su cercanía y apego a la dinámica política, que se hace

15 Meilán Gil, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, p. 47.

16 Véase: Moles Caubet, Antonio. “Lecciones de Derecho administrativo”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Número 84, Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 83 y siguientes, Caracas.

presente en su especial sensibilidad para responder a la evolución de las realidades socioeconómicas¹⁷.

Es acá donde destaca la complejidad como telón de fondo del escenario donde desarrolla su actuación la administración pública, con rasgos acentuados y cada vez más globales en nuestro tiempo, por lo que la adecuada comprensión de los problemas y alcances de la técnica contractual desplegada por el Estado debe acumular a los conocimientos anclados a las categorizaciones jurídicas estrictamente hablando, la apreciación científica del fenómeno esencial: su comprensión como un sistema complejo.

17 Meilán Gil, José Luis. *Óp cit.*